

Sección III. Otras disposiciones y actos administrativos

ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

CONSEJERÍA DE SALUD

10711

Resolución por la que se desestima la solicitud de declaración de nulidad por el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014 por la cual se convoca un concurso de adjudicación de 4 oficinas de farmacia (Exp. SG/SJ 441/15)

Antecedentes

1. El 27 de agosto de 2015, el señor Cristóbal Pons Servera, farmacéutico, que participa en el concurso para la adjudicación de 4 oficinas de farmacia (3 en la zona de Palma y 1 en la zona de Binissalem) convocado mediante la Resolución del Director General de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014, Resolución la cual se dicta en ejecución parcial y provisional de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 23 de enero de 2014, presentó una solicitud de iniciación del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, por los motivos que se mencionan más adelante, por medio de la que pedía que se declarase nulo de pleno derecho el apartado 2.7 del anexo 1 de la Resolución mencionada por la cual se establecen las bases que tienen que regir aquel concurso. Este escrito tuvo entrada en la Secretaría General de la Consejería de Salud el día 3 de septiembre de 2015 (no de agosto como consta por error en la nota interna de remisión).

2. El día 25 de septiembre de 2015 la Consejera de Salud dictó resolución por la cual se admitía a trámite el procedimiento de revisión de oficio instado mediante la solicitud formulada por el Sr. Pons y, al mismo tiempo, designaba el instructor y disponía que se notificara la Resolución a la persona interesada a los efectos que correspondieran; notificación que se llevó a cabo de manera efectiva el día 6 de octubre.

3. El día 15 de octubre de 2015 se dio cumplimiento a la previsión de la base 4 del anexo 1 de la Resolución de convocatoria del concurso, de acuerdo con la cual todas las notificaciones a las personas interesadas en el concurso se llevarían a cabo mediante la notificación edictal en el *Boletín Oficial de las Islas Baleares*.

4. A pesar de eso y que esta revisión de oficio es un procedimiento conexo y derivado de la convocatoria para la adjudicación de oficinas de farmacia articulada por la Resolución de 22 de octubre de 2014, dado que al fin y al cabo se trata de un procedimiento administrativo distinto, se otorgó también un plazo de audiencia a las personas interesadas, considerando como tales los participantes en el concurso de adjudicación mencionado, trámite que concluyó por medio de la publicación en el tablero edictal único del *Boletín Oficial del Estado* de la notificación de la concesión del plazo de audiencia a las personas interesadas en las cuales después de dos intentos en la forma establecida no fue posible notificarlos personalmente el otorgamiento del plazo mencionado.

En concreto, la publicación en el BOE se llevó a cabo el día 4 de diciembre de 2015.

Asimismo, hay que destacar que formularon alegaciones dentro del plazo otorgado un total de 9 personas interesadas; concretamente la Sra. Hilda María González San Miguel, la Sra. Francisca Ana Oliver Quetglas, el Sr. Manuel Álvarez Barrientos, el Sr. Mateu Tous Vanrell, la Sra. Isabel María Oliver, el Sr. Miguel Mir Sagristà, la Sra. María Apolonia Salvà Cerdà, el Sr. Pedro Ventayol Aguiló y la Sra. Josefa Leonor Anrubia Cebolla, alegaciones las cuales, fueron tomadas en consideración en las consideraciones jurídicas de la propuesta de resolución que se emitió en el procedimiento.

5. Acto seguido se otorgó un plazo de audiencia al promotor del expediente, el señor Pons, mediante un oficio notificado el día 28 de enero de 2016.

En cualquier caso, resulta necesario recordar que el interesado había comparecido con anterioridad a las dependencias de la Consejería de Salud —el día 3 de diciembre de 2015— y solicitó vista del expediente y una copia de las alegaciones formuladas hasta aquel momento, vista y copias que obtuvo en el mismo acto, según queda acreditado en el expediente.

El señor Pons, no formuló nuevas alegaciones en el trámite de audiencia.

6. El día 15 de marzo de 2016 se formuló propuesta de resolución pro parte del instructor del expediente, la cual junto con el expediente administrativo formado fue remitido en forma al Consejo Consultivo de las Islas Baleares para la emisión de dictamen preceptivo.

7. El Consejo Consultivo de las Islas Baleares requirió el día 25 de abril de 2016, a la Consejería la acreditación de haber sido emplazados en



audiencia la totalidad de los interesados en el procedimiento. A raíz de ello se advirtió que una de las personas admitidas en la relación definitiva de admitidos a participar en el concurso de adjudicación de oficinas de farmacia impugnado, no había sido emplazada en audiencia. Se procedió a subsanar tal defecto, concediendo a la interesada el plazo preceptivo sin que ésta formulase alegaciones. Tales extremos se acreditaron ante el Consejo Consultivo de las Islas Baleares el día 3 de junio de 2016, así como la opinión del instructor de que, subsanado el defecto y ante la falta de nuevas alegaciones por parte de la última interesada notificada, cabía ratificar y dar por válida la Propuesta de Resolución formulada el día 15 de marzo de 2016, sin necesidad de formulación de nueva propuesta de resolución.

8. El consejo Consultivo de las Islas Baleares ha emitido, en su sesión de día 28 de junio de 2016, dictamen 92/2016, desfavorable a la revisión de oficio solicitada por el Sr. Cristóbal Pons Servera.

Consideraciones jurídicas

1. En relación al procedimiento, el artículo 102. Apartados 1 y 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone:

Artículo 102

Revisión de disposiciones y actos nulos

1. Las administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de un interesado, y con el dictamen favorable previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivaliendo de la comunidad autónoma, si hay, tienen que declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en el plazo correspondiente, en los supuestos que prevé el artículo 62.1.

[...]

5. Cuando el procedimiento se haya iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde el inicio sin que se dicte resolución produce su caducidad. Si el procedimiento se ha iniciado a solicitud de un interesado, se puede entender desestimada por silencio administrativo.

2. Por su parte, el artículo 62.1 b y e de la misma Ley, con respecto a las causas de nulidad de los actos administrativos, dispone:

Artículo 62

Nulidad de pleno derecho

1. Los actos de las administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

[...]

b) Los que dicte un órgano manifiestamente incompetente en razón de la materia o del territorio.

[...]

e) Los que se dicten prescindiendo totalmente y absolutamente del procedimiento establecido legalmente o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

[...]

3. El artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 314, 315 y 322 del Código Civil con respecto a la capacidad administrativa de actuar del solicitante, y el artículo 31.1 de la misma Ley con respecto a su condición de interesado, mientras que de la aparatología 2 del mismo artículo resulta la condición de interesado del resto de citados dentro de este procedimiento.

4. Con respecto a la legitimación del solicitante de revisión, y como ya se ha hecho patente, no se puede negar la condición de interesado del solicitante de acuerdo con los términos de su reclamación y visto lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

5. El artículo 18.12. b, de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, sobre el carácter preceptivo de la consulta por parte de la Administración de la comunidad autónoma de las Islas Baleares, al Consejo Consultivo de las Islas Baleares, en los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos que aquella tramite.

6. El artículo 21.a de la Ley 5/2010, de 16 de junio, y en el mismo sentido los artículos 2.2 y 26 del Decreto 24/2003, de 28 de marzo, por el cual se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, con respecto a la legitimación para la solicitud de los dictámenes preceptivos, dentro del marco de la Administración General de la comunidad autónoma de las Islas Baleares, y que radica en la presidenta de las Islas Baleares, a iniciativa propia o a instancia de las Consejerías.

7. Los argumentos en que el señor Pons fundamenta su solicitud son en esencia los siguientes:

a) Que el apartado 2.7 del anexo 1 de la Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014 establece un criterio básico de valoración de los méritos de los participantes en el concurso para los supuestos de cotitularidad, que dispone que en los casos de cotitularidad de una oficina de farmacia la experiencia profesional como titular computa en proporción del porcentaje de cotitularidad.

b) Que este criterio no está recogido como criterio básico de valoración de méritos en las normas que rigen el concurso, ya que el Decreto 25/1999 (como el 30/2015 actual) preveía un supuesto parecido, pero al fin y al cabo distinto.

c) Que de acuerdo con la Ley 7/1998 los criterios básicos de valoración de los méritos del concurso tienen que estar establecidos por una disposición reglamentaria.

d) Que, en consecuencia, el apartado 2.7 del anexo 1 es nulo de pleno derecho ya que se incluye dentro de aquello que, aparentemente, es un acto administrativo, pero en realidad, en la medida en que este criterio sólo puede derivar de una disposición reglamentaria, esta es la verdadera naturaleza de la Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014, y en consecuencia es nula dado que la ha dictado un órgano manifiestamente incompetente para hacerlo en razón de la materia— a un director general no tiene competencias para ejercer la potestad reglamentaria— y, además, esta norma, encubierta en forma de acto administrativo, se ha dictado prescindiendo totalmente y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la elaboración de las disposiciones reglamentarias.

Estos dos defectos suponen que el acto impugnado se haya dictado en infracción de lo que dispone el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y en concreto de sus apartados *b* y *e*, por lo cual corresponde declarar la nulidad y hacer una nueva convocatoria del concurso mencionado.

8. Con respecto a las alegaciones de los interesados se puede decir que las Sras. Hilda González, Francisca Oliver e Isabel Oliver y los Srs. Manuel Álvarez y Mateu Tous formulan unas alegaciones basadas en un documento estándar que centra sus alegaciones en considerar que la solicitud formulada no es otra cosa que un recurso administrativo extemporáneo que se tiene que rechazar, y que, por otra parte, y en la medida en que no ha concluido el procedimiento de concurso, no se puede venir en conocimiento si ha habido ningún tipo de vulneración de la legalidad representado por estas bases y por los principios de igualdad, mérito, concurrencia, transparencia y publicidad que configura.

No se puede compartir la primera alegación desde un punto de vista formal y sin perjuicio de valoraciones jurídicas posteriores de la acción del señor Pons, ya que en ningún momento el solicitante plantea formular un recurso —el cual hubiera sido rechazado de lleno por extemporáneo—, sino que expone aquello que considera que son causas de nulidad de un punto concreto de las bases de un concurso y solicita que se actúe en consecuencia insistiendo, dicho esto, sin entrar ahora a valorar el ajuste a derecho de esta actuación.

Por otra parte, la solicitud no hace referencia a la eventual nulidad de los resultados de la valoración sino a la intrínseca nulidad del punto 2.7 del anexo 1 de la Resolución del Director General de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014, la cual según el solicitante es *per se* nula.

9. Con respecto a las alegaciones que formula el señor Miquel Miro Sagristà, se puede deducir en esencia que considera, que la normativa en materia de autorización de oficinas de farmacia se fundamenta en el principio de méritos.

En resumidas cuentas, entiende que en la medida en que se puntúa por igual el ejercicio profesional como farmacéutico titular, como regente, sustituto y adjunto, la pretensión que las cotitularidades sean tratadas a la hora de puntuar igual que la titularidad exclusiva vulnera el principio de mérito, ya que no tiene sentido que se otorgue el mismo valor a una titularidad de un 1% y a una titularidad del 100%. Aduce que la cotitularidad permite a los cotitulares compatibilizar horariamente la apertura de la oficina de farmacia el tiempo mínimo reglamentario, con una segunda actividad generadora de méritos posteriores, lo cual está prohibido en el titular único.

Que el supuesto de hecho del apartado 2.7 del anexo 1 de la Resolución del Director General de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014 no tiene nada que ver con lo que dispone el artículo 15.4 del Decreto 25/1999, de 19 de marzo; y que, en definitiva, tanto la norma contenida en el apartado 2.7 (experiencia en proporción de porcentaje de cotitularidad) como en el 2.9 (experiencia del adjunto en proporción de la duración de la jornada contratada) del anexo 1 de la Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014 son una manifestación del principio de mérito que tiene que regir los concursos.

Se coincide con ciertas matizaciones con buena parte de estos argumentos como se dirá más adelante.

10. La señora María Apolonia Salvà Cerdà alega en esencia que el señor Pons con su actuación vulnera sus propios actos y que su escrito no es ninguna otra cosa que un recurso extemporáneo. Ya se ha hecho referencia a esta misma alegación en la consideración jurídica sexta.

Asimismo, manifiesta su incomprensión a la argumentación del señor Pons ya que considera que la base 2.7 y el anexo 2 de la resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014 y el artículo 15.4 del Decreto 25/1999, de 19 de marzo, hacen referencia a un mismo supuesto, extremo que no se puede compartir ya que se trata de supuestos de hecho manifiestamente diferentes.

Finalmente, considera improcedente la petición de convocatoria de un nuevo concurso y considera que en el supuesto que se estime la nulidad del apartado 2.7 del anexo 1 de la Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014 bastaría no aplicarlo. Sólo desde una perspectiva teórica y especulativa se puede coincidir con esta posición.

11. El señor Pere Ventayol Aguiló formula una serie de alegaciones que por momentos parecen también la formulación de una impugnación del procedimiento de concurso de convocado por Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014, la nulidad de la cual pide el señor Pons.

En primer lugar, parece mostrar disconformidad con la norma aplicada al concurso convocado ya que parece entender que se lleva a cabo una aplicación retroactiva de una disposición reglamentaria dentro del procedimiento. Tenemos que considerar que si aquello que pretende ahora es impugnar la Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014 es extemporánea, y formalmente de calificación difícil; si aquello que pretende es objetar la aplicación de una norma por parte de una resolución de adjudicación dictada dentro del procedimiento de concurso el momento hábil no ha llegado todavía. Finalmente, su alegación no guarda relación con el conjunto de alegaciones del señor Pons (la conformidad o disconformidad con la cual es el motivo por el cual se le ha dado traslado). Es por eso, como también por la discrepancia con el relato de hechos que lleva a cabo —olvida la Sentencia 945 de 5 diciembre de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Balears y los efectos que tuvo en su momento— y la interpretación que hace de algunas citas jurisprudenciales —que van en la línea de pretender una petrificación de regímenes jurídicos— que no se puede coincidir con las alegaciones formuladas.

Acto seguido hace unas consideraciones en relación con la celeridad con la cual se tiene que tramitar el procedimiento convocado que se tienen para realizadas, y unas recomendaciones de índole penal al señor Pons que no guardan ninguna relación con el procedimiento actual procedimiento de revisión de oficio.

En tercer lugar, el señor Ventayol parece adherirse a la solicitud del señor Pons de declaración de nulidad de la Resolución del Director General de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014, ya que expone que “se manifiestamente ilegal en algunos extremos, el por el Sr. Pons y otros más de jerarquía normativa”, si bien no hace una precisión de la supuesta continua actuación ilegal y alegal de la Administración Autonómica en la resolución de este concurso, por lo cual no cabe admitir estas alegaciones.

Para concluir, simplemente cabe manifestar que se tienen por hechas las manifestaciones del señor Ventayol atribuyendo la condición de “derecho fundamental” del farmacéutico a la apertura de las oficinas de farmacia, y que tal derecho es un derecho de interés general.

12. La señora Josefa Leonor Anrubia Cebolla formula una serie de alegaciones que se pueden resumir en el siguiente:

La solicitud se tiene que desestimar ya que no se fundamenta realmente en ninguna de las causas que prevé el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que contra aquello que manifiesta el señor Pons, el procedimiento si se ha convocado por el órgano competente conforme a derecho para hacerlo, por lo cual no hay una infracción del artículo 62.1 b, y la convocatoria se ha llevado a cabo de conformidad con el procedimiento que establece la Ley que lo regula —la Ley 7/1998, de 14 de noviembre, de ordenación farmacéutica—, por lo cual no hay vulneración del artículo 62.1 f, y, en consecuencia se tiene que desestimar la solicitud de declaración de nulidad, dado que no está fundamentada en ninguna causa de nulidad del artículo 62, tal como exige el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Con respecto al fondo, considera que la previsión de que los méritos de los cotitulares sean computados a proporción de su cuota de participación no es en ningún caso susceptible de una declaración de nulidad, sino que, a lo sumo podría plantearse una anulabilidad, pero, en la medida en que era una previsión expresa en la misma convocatoria, y el señor Pons se aquietó a la misma sin interponer en plazo los recursos oportunos, a estas alturas y en consecuencia, pretende actuar contra sus propios actos, extremo que tendría que provocar la inadmisión de la pretensión del señor Pons.

Para concluir, y con profusión de argumentos, defiende el ajuste a derecho de esta previsión de la convocatoria, ya que considera que se ajusta plenamente a los principios de igualdad y mérito que de acuerdo con la ley tienen que regir los concursos de adjudicación de oficinas de farmacia.

Se coincide de forma genérica y como se verá con las argumentaciones de la señora Anrubia.

13. Con respecto a la doctrina de los actos propios y a la legitimación *ad causam* del solicitante de revisión, se puede coincidir con la práctica totalidad de los interesados que han formulado alegaciones en este procedimiento, no en la calificación de la solicitud presentada como recurso extemporáneo, pero si en la vulneración de la doctrina de los actos propios en la cual incurre el señor Pons con su presentación.

El artículo 7.1 del Código Civil dispone que los derechos se tienen que ejercitar de conformidad con las exigencias de la buena fe. De este principio de buena fe (el cual se también rector de la acción de la Administración de acuerdo con aquello que se dispone en el artículo 3.1 de

la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) se hace derivar, como lesiva de la buena fe la doctrina de los actos propios, en el sentido de que nadie no puede válidamente ir contra sus propios actos.

De facto, esta doctrina tiene una larguísima tradición civilista y hunde sus raíces en el Derecho romano, dónde en el *Digesto* ya se pronuncia la máxima *venire contra factum proprium non valet*; y a estas alturas ha tenido una cada vez más amplia transposición (si bien no tanto como en el derecho privado) en el ámbito del derecho administrativo, sobre todo por la acción de la jurisprudencia.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 3ª de la Sala Contenciosa Administrativa) de 15 de enero de 1999. RJ 1999/269, establece:

Comencemos recordando la doctrina constitucional sobre la cuestión que el apelante suscita. En la STC 21 de abril de 1988 (RTC 1988/73), nº. 73/1988, se afirma que la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad «de venire contra factum proprium», surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito en el sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita miedo ello el ejercicio de los derechos objetivos. Lo inicio de protección de la confianza legítima ha sido acogido igualmente miedo la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, en las Sentencias de 1 de febrero de 1990[RJ 1990/1258] [F. 1º y 2º], 13 de febrero de 1992[RJ 1992/1699] [F. 4º], 17 de febrero, 5 de junio y 28 de julio de 1997[RJ 1997/1147, RJ 1997/4599 y RJ 1997/6890]). Un día antes de la fecha de esta sentencia se ha publicado en el BOE la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Uno de los artículos modificados es el 3, cuyo número 1, párrafo 2º, pasa en tener la siguiente redacción: «Igualmente, deberán (las Administraciones Públicas) respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima», expresándose en el apartado II de la exposición de motivos de la citada Ley lo siguiente: «En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Miedo una parte, lo inicio de buena fe, aplicado miedo la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción miedo el título preliminar del Código Civil. Miedo otra, lo inicio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido miedo la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente».

Son reiteradas las sentencias que entienden que una vez que el participante en un procedimiento de concurrencia competitiva acepta las bases de este procedimiento porque no ha impugnado por la vía de los recursos ordinarios que se le han ofrecido resta vinculado a aquellas bases igualmente que la Administración promotora, y no puede pretender después la impugnación.

Así se ha pronunciado la jurisprudencia en sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contenciosa Administrativa) de 20 julio de 1987, RJ 1987/7533 en su fundamento de derecho primero:

PRIMERO.

Que impugnándose en el presente recurso **contencioso-administrativo** los Actos de la Excm. Diputación Provincial de Soria que desestimaron la pretensión del recurrente de coger parte en uno concurso público que había convocado dicha Entidad, para Concesión de Beneficios a los Promotoras de Actividades Industriales, resulta evidente que **ni puede solicitar ahora, no habiéndolo hecho en su tiempo, la nulidad de las Bases del Concurso, ni después de haber accedido en él quebrantando la eficacia vinculante de los propios actos**, ni se aprecia, como establece el Tribunal «en quo» la contradicción invocada entre la Base 4.ª que establece un orden preferencial de **selección** y la 17.ª que reserva a la Diputación la posibilidad de declarar desierto el Concurso, no acceder en ninguna de las pretensiones o en parte de ellas, porque esta última supone sólo una reserva ante la eventualidad de que una solicitud masiva desborde las previsiones de financiación y una precaución para evitar que la simple comparecencia pueda crear expectativas de participación».

O más recientemente la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 28 septiembre de 2011, cuando en su fundamento de derecho tercero hace patente que:

La cuestión litigiosa incide directamente en la naturaleza de las **bases** de la **convocatoria** de un proceso selectivo como "ley del concurso-oposición", según la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (así se conceptuaron en la sentencia de 19 de mayo de 1989), de manera que una vez firmadas y consentidas, vinculan tanto en quienes concurren en las pruebas de **selección** como en la propia Administración convocante (STS de 14 de enero de 2008, recurso 1826/2003), de modo que, quien se aquietó con sus contenidos y tomó parte en las pruebas de **selección** no puede, con posterioridad y ante el resultado adverso, impugnarlas en el socaire de una incorrecta valoración de los méritos.

O la Sentencia de la Sección 5ª de la Sala Contenciosa Administrativa de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2003:

Respeto en la primera cuestión, tenemos que señalar que el artículo 15.4 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, establece que





laso **bases** de laso **convocatorias** vinculan en la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de **Selección** que han de juzgar laso pruebas selectivas y en quienes participan en laso mismas.

Miedo tanto, al ser laso bases del concurso-oposición ley del mismo y están obligados en atenerse en ellas todos los afectados, incluida la pro-pia Administración convocante, el criterio del Tribunal Supremo en Sentencias de 3 (RJ 1994, 7844), y 13 de octubre de 1994 (RJ 1994, 9293), se que no se posible impugnar el resultado final de un procedimiento selectivo cono base en vicios de la convocatoria, cuando la pro-pia convocatoria y sus bases han devenido en firmas y consentidas miedo no haberse recurrido en tiempo y forma.

Recientemente, el citado alto Tribunal, en su Sentencia de la Sala 3ª Sección 7ª, de 13 de enero de 2000 (RJ 2000, 551) , declara que se jurisprudencia reiterada que la no impugnación de laso bases de convocatoria, una vez que se ha participado en la misma, devienen en firmas e inatacables, no pudiendo ser impugnadas posteriormente miedo quienes se aquietaron en laso mimas y sólo laso discutieron al no verse entre los aspirantes seleccionados.

O la misma Sentencia de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, nº. 656/1995, de 10 de julio, RJCA 1995\457:

Sentado lo precedente, y dado que en el escrito de contestación a la demanda miedo el Abogado del Estado no se opone causa de inadmisibilidad alguna, procede entrar en el hondo de la litio.

La Base 10ª de la convocatoria establecía la impugnabilidad de la misma y de cuantos actos administrativos se derivan de ella en la forma establecida miedo la Ley 30/92 y la Ley 29/98, reguladora de esta Jurisdicción. Sin embargo, la recurrente no impugnó en su día laso bases, dentro del plazo legalmente establecido en el efecto, miedo lo que laso bases devinieron firmas y consentidas miedo la recurrente; entre cuyas bases debe mencionarse la base 1.1 que fijó en 363 el número de plazas en cubrir, sin establecer dos turnos, uno restringido y otro libre; y miedo otra parte, la base 5ª, conforme a la cual el proceso selectivo consta de dos fases, oposición y concurso, viniendo determinado el orden definitivo miedo la suma de laso puntuaciones obtenidas en la fase de oposición y la fase de concurso.

Según la base 5.2.2 los méritos que se valoran en la fase de concurso, sólo se aplicarán en quienes hayan superado la fase de oposición. En este sentido, en el haber superado la recurrente la fase de oposición, se sumaron los puntos obtenidos en esta fase y los 2 puntos asignados en la fase de concurso miedo poseer una titulación superior a la exigida para la participación, resultando insuficiente el total para la adjudicación de plaza en el ámbito geográfico en el que participaba.

La actuación de la Administración, en lo que en la recurrente concierne, se ajustó a laso bases de la convocatoria sin que quepa apreciar indefensión púas en la demanda lo que se expone se la discrepancia uno opinión subjetiva de la parte respeto de determinadas bases, miedo todo lo cual procede, en conclusión, la desestimación del recurso.

En definitiva, el señor Pons aceptó las bases de la convocatoria y quedó vinculado por las mismas cuando decidió participar en el concurso y aceptó las bases sin impugnarlas dentro del plazo y en la forma apropiada. Vulnera así sus propios actos, lo cual le resta legitimación, y no puede tener acogida ahora su pretensión de impugnación de las bases del concurso a las cuales de agrado se sometió.

Esta falta de legitimación tal vez hubiera permitido una inadmisión de plano, sin trámites ulteriores, de su solicitud, de acuerdo con los términos del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y sólo una posición garantista de sus derechos como ciudadano ha sido fundamento de admitir a trámite la solicitud y llevar a cabo la tramitación completa del procedimiento y someterlo al dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de las Islas Baleares.

Así pues, dado que esta solicitud es una vulneración manifiesta de la doctrina de los actos propios, en la medida en que el solicitante pretende ahora impugnar aquellas bases del concurso a las cuales se sometió voluntariamente sin formular ninguna impugnación dentro del plazo y en la forma apropiada, corresponde rechazar la pretensión del solicitante.

14. Falta de concurrencia de las causas de nulidad invocadas.

No obstante lo declarado en la consideración precedente, en la medida que, en aras a garantizar los derechos del solicitante, no se ha inadmitido de plano su solicitud, cabe analizar los término de la misma.

En tal caso, se tiene que rechazar su pretensión, ya que no obstante las alegaciones del solicitante, no concurre en este procedimiento y en el acto administrativo, cuestionado ninguna de las causas de nulidad que invoca.

El artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que:

Las administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de una persona interesada, y con el dictamen



favorable previo del Consejo de Estado o el órgano consultivo equivaliendo de la comunidad autónoma, si hay, pueden declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan agotado la vía administrativa o contra los cuales no se haya recorrido dentro del plazo, en los supuestos que prevé el artículo 62.1.

Es decir, la declaración de nulidad exige la invocación y declaración de concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho al acto administrativo impugnado.

El señor Pons se sirve de una argumentación que se entiende que no se puede compartir, porque intentar acreditar que concurren en la Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014 una serie de causas de nulidad de pleno derecho.

Argumenta que el apartado 2.7 del anexo 1 de la Resolución mencionada introduce un criterio básico de interpretación que implica, con respecto al mérito de experiencia profesional en los supuestos de cotitularidad de una oficina de farmacia, que el tiempo de experiencia como cotitular se tiene que computar en proporción del porcentaje de participación en la cotitularidad de cada farmacéutico. A entender del Sr. Pons, la introducción de este criterio, no supone una simple (y negada por esta Administración) posible causa de anulabilidad total o parcial de esta Resolución, sino que este punto tiene la virtualidad de alterar o trocar la naturaleza del acto administrativo en el cual está incluido, el cual en realidad supone una modificación del Reglamento que regula los procedimientos de adjudicación de oficinas de farmacia, en este caso el Decreto 25/1999, de 19 de marzo. Por todo ello, la Resolución del Director General de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014 cambia su condición de acto administrativo por el de disposición reglamentaria.

Así pues, si la Resolución del Director General de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014 es en realidad una disposición reglamentaria, en la medida en que modifica el Decreto 25/1999, de 19 de marzo, como sostiene al señor Pons, incurre en la causa de nulidad en la cual hace referencia el artículo 62.1 b de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dado que se trata de un acto dictado por un órgano manifiestamente incompetente en razón de la materia (un director general en ningún caso no tiene competencias para ejercer la potestad reglamentaria) y, además, este acto, la auténtica naturaleza del cual es —según el solicitante— la de disposición reglamentaria, se ha dictado pues prescindiendo totalmente y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la elaboración de disposiciones reglamentarias (artículos 38 y siguientes de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Islas Baleares).

No podemos negar el esfuerzo argumentador llevado a término para el solicitante de nulidad, para intentar sostener la concurrencia de causas de nulidad al acto que impugna; ahora bien, se tiene que rechazar de plano esta argumentación.

La Resolución del Director General de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014 no pierde su condición de acto administrativo por la simple inclusión de una precisión en su contenido que no tiene un reflejo literal a la norma.

Sin entrar —lo cual se hará acto seguido— en el ajuste a derecho del acto mencionado, hay que decir que la actividad administrativa no es una simple actividad de transcripción de las normas, sino de interpretación y de aplicación de las mismas; si no fuera así la actividad no sería tal, sino una simple acción mecánica que haría prácticamente innecesaria la existencia del funcionariado, fuera de los que llevan a cabo la acción de policía, inspección y control de la aplicación de las normas.

No es así, y la Administración, en su actividad, interpreta y aplica las normas para atender no ya las situaciones que tienen un reflejo directo en las normas, sino todo aquel cúmulo de situaciones concretas que no tienen una respuesta automática en la norma, y suponen una tarea interpretativa para la Administración.

Puede ser que dentro de esta tarea interpretativa se incurra en errores y pueda surgir una anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Ciertamente, sin embargo, eso no altera la naturaleza del acto y no lo metamorfosea de acto administrativo (supuestamente o efectivamente) ilícito en disposición de carácter general que pretende modificar el contenido de otra de preexistente y que se ha tramitado incorrectamente.

La Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014 se dictó por parte del órgano competente en razón de la materia para hacerlo, de acuerdo con lo que dispone el artículo 10 del Decreto 25/1999, de 19 de marzo, y concretamente:

Artículo 10

1. Aprobada la apertura de una nueva oficina de farmacia en base al procedimiento previsto en la Sección 1 de este Decreto, la Dirección General de Sanidad, mediante Resolución al efecto procederá a la convocatoria de un concurso de méritos para su concesión.

Habiendo asumido la Dirección General de Gestión Económica y Farmacia, mediante el Decreto 6/2013, de 2 de mayo, del presidente de las Islas Baleares, las competencias que en su momento ejercía el titular de la Dirección General de Sanidad en materia de farmacia, el acto administrativo de convocatoria consistente en la Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014, se dictó por el órgano competente para hacerlo.



No hay, pues, ninguna infracción del artículo 62.1 *b* de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por otra parte, el concurso se ha sometido a las normas procedimentales establecidas a estos efectos y que se encuentran en la Ley 7/1998, de 14 de noviembre, de Ordenación Farmacéutica de las Islas Baleares, en la redacción anterior a la reforma que hace la Ley 1/2015, 14 de febrero, y en los artículos 10, siguientes y concordantes del Decreto 25/1999, de 19 de marzo.

No hay una infracción del artículo 62.1 *f* de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Así pues, en la medida en que realmente no concurre ninguna causa de nulidad de pleno derecho de las compresas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en concreto, ninguna de las alegadas por el solicitante de declaración de nulidad, pega desestimar, de acuerdo con lo que dispone el artículo 102.1 de la misma Ley, la solicitud del señor Pons para que se declare la nulidad de pleno derecho de parte de la Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014, ya que no se fundamenta efectivamente en ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos.

15. Por último y con respecto a la legalidad intrínseca del apartado 2.7 del anexo 1 de la Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014, procede hacer un análisis concreto de la misma.

Parece que el principal argumento es que este criterio interpretativo incluido en la Resolución no tiene un reflejo directo en el Decreto 25/1999, de 19 de marzo, o en la normativa que rige los concursos para la adjudicación de las oficinas de farmacia. Ahora bien, parece excesivo considerar que cualquier previsión contenida en un acto administrativo, tiene que ser un reflejo directo e inmediato de una disposición legal o reglamentaria.

Si fuera así, no sólo nos encontraríamos ante una plenitud del ordenamiento jurídico, esto es, un ordenamiento sin lagunas, sino que nos encontraríamos ante la necesidad de la plenitud de la Ley, lo cual supondría que esta contemplaría, expresamente y anticipadamente y en su literalidad, todos los potencialmente posibles supuestos de hecho que en todas sus matizaciones se pudieran plantear en el mundo de las relaciones jurídicas. Obviamente eso es imposible, no sólo materialmente sino conceptualmente. Prueba de ello es la existencia de fuentes sucesivas del Derecho y medios de integración de las normas.

Yendo al supuesto concreto, el artículo 24 de la Ley 7/1998, de 14 de noviembre, en su redacción anterior a la reforma que hace el Decreto Ley 1/2014, de 14 de noviembre, por el cual se modifica la ordenación farmacéutica de las Islas Baleares (y que se aplica a este concurso), disponía:

Artículo 24

1. El procedimiento de autorización de nuevas oficinas de farmacia se ajustará al dispuesto en esta ley, a sus normas de desarrollo, si es el caso, y a las normas generales reguladoras del procedimiento administrativo común.
2. [...]
3. El procedimiento de autorización de nuevas oficinas de farmacia se tramitará de acuerdo con los principios de publicidad, concurrencia, transparencia y méritos, mediante concurso de méritos convocado al efecto por la Consejería de Sanidad y Consumo [...].

En definitiva, el procedimiento de adjudicación de oficinas de farmacia se somete, entre otros, a los principios de mérito y concurrencia y se tiene que resolver, en caso de que concurra más de una solicitud respecto de una misma oficina de farmacia, mediante un baremo aprobado por medio de una norma reglamentaria, lo cual implica necesariamente que se tiene que regir, como no puede ser de otra manera, por el principio de igualdad.

El principio de igualdad de todos el ciudadanos ante la Ley y en su aplicación, consagrado por el artículo 14 de la Constitución, supone la necesidad de dar un tratamiento igual en la aplicación de la Ley a las personas que se encuentran en una identidad de situaciones de hecho, si bien cabe recordar que permite tratar y a veces exige tratar desigualmente desiguales, siempre que los elementos que fundamentan la distinción entre situaciones de hecho y derecho semejantes no sean arbitrarias o artificiosas y que las consecuencias de la diferenciación sean adecuadas y proporcionadas.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional (PI) en la Sentencia nº. 10/2005, de 20 de enero:

“Sobre el alcance del inicio de igualdad ante la ley este Tribunal ha elaborado en numerosas Sentencias una doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue: a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) lo inicio de igualdad exige que a iguales supuestos de hechos se aplican iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de





elementos diferenciadoras sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) lo inicio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resultan artificiosas o injustificadas miedo no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y d) miedo último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea lo fino que con ella se persigue, sino que se indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas en dicho fino, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo fino pretendido miedo el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (miedo todas, SSTC 3/1983, de 25 de enero, F. 3, y 193/2004, de 4 de noviembre, F. 3).”

O tal vez en términos más categóricos se manifiesta la Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 9/1995, de 16 de enero. RTC 1995\9:

2.

[...] La tesis no puede compartirse. En primer lugar, no cabe afirmar, como ha precisado la STC 153/1994 (RTC 1994\153), fundamento jurídico 6.º, «que toda diferenciación de trato introducida miedo lo reglamento (en el margen de lo dispuesto en la Ley) sea discriminatoria. La igualdad sólo se viola cuando la diferencia de trato carece de justificación objetiva y razonable, una justificación que, de conformidad con la doctrina del TEDH y de este Tribunal, se de índole material sin que posea especial relevancia en estos efectos la consideración del rango de la norma que la establece. De otro modo, habría que concluir que todo exceso de la potestad reglamentaria pasaría a estar prohibido miedo el art. 14 CE, pues siempre habría sujetos perjudicados miedo la alteración de una regla legal de reconocimiento de derechos, y ésta se una conclusión que, obviamente, desfiguraría la naturaleza de un problema que, en esencia, no excede del ámbito de la legalidad ordinaria.

Y en el mismo sentido, sentencias del Tribunal Constitucional como, entre muchas de otras, la Sentencia nº. 34/1981, de 10 de noviembre, RTC 1981\34 o la Sentencia nº. 110/1993, de 25 marzo, RTC 1993\110.

Así pues es necesario afirmar que no parece que se pueda considerar arbitraria o falta de fundamento la distinción en la valoración de la experiencia profesional entre el mérito del propietario y el copropietario de la oficina de farmacia, sino ajustada al principio de igualdad y mérito que tiene que regir el concurso.

Los mismos interesados en el procedimiento han hecho alegaciones claras en este sentido, y han destacado que no tiene sentido que se valore igual la experiencia de cada uno de los posibles 100 titulares de un 1% sobre la propiedad de una farmacia que la experiencia que adquiere al farmacéutico propietario único de la farmacia.

Además podemos ver que es la solución que adopta la norma ante los supuestos en que dos o más cotitulares participan conjuntamente en el concurso para la adjudicación de una misma oficina.

También hay que tener presente que el baremo da un mismo tratamiento a la experiencia profesional que se adquiere tanto como farmacéutico titular como regente, sustituto o adjunto.

Ahora bien en este último supuesto obliga a valorar la experiencia adquirida en proporción de la jornada contratada del adjunto, de manera que quien es contratado a media jornada sólo computa el 50% de la duración de su contrato y así en proporción.

O también se puede alegar que el tratamiento desigual tiene un fundamento de equidad atendido que el cotitular de una oficina, en la medida en que no se ve afectado por una incompatibilidad horaria en la cual si se ve sometido el titular exclusivo, puede desarrollar segundas actividades susceptibles de generar otros méritos, profesionales o de otra categoría, que se encuentran cotos, por mor de la incompatibilidad horaria, al titular exclusivo.

Pero si que, además, debe afirmarse que el criterio adoptado es una norma que evita posibles situaciones de fraude de ley, que se podrían ver “incentivadas” si se aplicara un criterio de indiferenciación.

Así se pronunció expresamente el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, la cual, aunque estimó un recurso contra el baremo que se aprobó para la adjudicación de oficinas de farmacia en aquella comunidad, reconoció explícitamente la legalidad y ajuste al principio de igualdad de una disposición reglamentaria idéntica a la cuestionada.

Así la Sentencia nº. 940/2001, de 22 de mayo (JURO 2001\200174), en su fundamento decimosexto, dispone:

“DECIMOSEXTO

Más compleja resulta la invocación de nulidad que en la demanda se hace sobre este mismo criterio en cuanto se reduce en el porcentaje de la cotitularidad en el ejercicio de la Oficina de Farmacia de los méritos adquiridos. En realidad, anulado el baremo no puede correr mejor suerte esta especialidad de cómputo caso de cotitularidad; sin perjuicio de que parece razonable que en





compartición de actividad se extraiga una consecuente discriminación en el baremo que, además de ello, evita actuaciones fraudulentas de cotitularidades meramente nominales para adquisición de méritos, sin perjuicio de quien realmente desempeña las funciones profesionales”.

Hay que decir, además, y con respecto al criterio de proporcionalidad y a su vinculación con las situaciones de cotitularidad de derechos, que es el criterio adoptado por la norma reguladora del régimen de comunidad de bienes —Código Civil en los artículos 392 y siguientes— prevé para estas situaciones de comunidad romana, o en proindiviso ordinario o por cuotas, para regir la gestión y la participación en los beneficios de la misma.

Así el artículo 393 del Código Civil establece, en su primer párrafo, que el concurso de los partícipes (de la comunidad) en los beneficios y cargas (de esta), es proporcional a sus cuotas.

Por su parte, el artículo 397 dispone que para la administración y un mejor disfrute de las cosas comunes son obligatorios los acuerdos de la mayoría, y que esta no existe hasta que los acuerdos sean tomados por los partícipes que representen la mayor cantidad de intereses (cuotas de participación) en la cosa común.

En definitiva, el criterio interpretativo impugnado, no hace otra cosa que trasladar al concurso de adjudicación de oficinas de farmacia, el régimen legal general de la comunidad de bienes, que implica que el disfrute de beneficios por parte de cotitulares a la comunidad es proporcional a sus cuotas de cotitularidad.

Así pues, en la medida en que la previsión del apartado 2.7 del anexo 1 de la Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014, no se contrario, sino congruente con la propia naturaleza y ordenación del régimen de comunidad de bienes y derechos corresponde desestimar la solicitud del señor Pons, dirigida a que se declare su nulidad de pleno derecho.

En última instancia puede afirmarse que la aplicación del criterio impugnado sería indiscutiblemente válido si fuera tomado y aplicado de una manera uniforme, por los mismos fundamentos de derecho previamente dichos, por la propia Comisión de Valoración del concurso, si esta se plantease la dicotomía entre puntuar diferenciadamente o no las situaciones de propiedad y copropiedad de titularidad de oficinas de farmacia.

Vistos el hechos y fundamentos de derecho precedentes y de acurdo con el Consejo Consultivo, dicto la siguiente

RESOLUCIÓN

1. Desestimar la solicitud de declaración de nulidad por el procedimiento de revisión de oficio, formulada por el Sr. Cristóbal Pons Servera contra la Resolución del director general de Gestión Económica y Farmacia de 22 de octubre de 2014 dictada en ejecución parcial y provisional de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 23 de enero de 2014 y por la cual se convocaba un concurso de adjudicación de 4 oficinas de farmacia, por no concurrir las causas de nulidad invocadas por el solicitante.
2. Notificar esta resolución a las personas interesadas
3. Publicar esta resolución en el Boletín oficial de las Islas Baleares
4. Contra esta resolución, que agota la vía administrativa, cabe interponer recurso contencioso administrativo, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación a los interesados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 46, de la ley 29/1998, de 26 de noviembre, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Palma, 8 de agosto de 2016

La Consellera de Salut

Patricia Gómez Picard

